

Liberdade de expressão no Brasil: Princípio ou regra, na perspectiva conceitual de Robert Alexy?

(Freedom of Expression in Brazil: Principle or rule, in the conceptual perspective of Robert Alexy?)

Márcia Dieguez Leuzinger¹

Paulo Campanha Santana²

Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direitos Fundamentais. 2. A Liberdade de Expressão. 3. Liberdade de expressão no Brasil: Princípio ou regra?

Resumo: O objetivo do presente trabalho é realizar um estudo sobre a liberdade de expressão, na perspectiva conceitual de Robert Alexy, avaliando se ela é um princípio ou uma regra. Para tanto, fruto de uma pesquisa bibliográfica e normativa pertinente ao assunto, será apresentada uma conceituação sobre Direitos Fundamentais, distinguindo o que vem a ser princípio e norma, bem como a liberdade de expressão, apresentando alguns atos normativos brasileiros que tratam do tema. Além disto, serão apresentadas algumas decisões judiciais, particularmente do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de algumas cortes estrangeiras. Por fim, será ressaltado se a liberdade de expressão é um princípio ou uma regra.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Princípio. Regra. Robert Alexy.

Abstract: The aim of the present paper is to carry out a study on freedom of expression, in the conceptual perspective of Robert Alexy, evaluating whether it is a principle or a rule. For this purpose, a conceptualization on Fundamental Rights will be presented, as a result of a bibliographical and normative research pertinent to the subject, distinguishing what is a principle and what is a rule, as well as the freedom of expression, presenting some normative acts that deal with the subject. In addition, some judicial decisions will be presented, particularly those from the Federal Supreme Court, the Superior Court of Justice and some foreign courts. Finally, reasons will be presented that lead to the conclusion that freedom of expression is a principle or a rule.

Keywords: Freedom of expression. Principle. Rule. Robert Alexy.

INTRODUÇÃO

A expressão “Direitos Fundamentais” não é unívoca, havendo várias que são similares. A própria Constituição Federal algumas expressões como direitos e garantias constitucionais. Em decorrência, diversas teorias foram desenvolvidas, tendo Robert Alexy elaborado uma teoria geral jurídica da Constituição alemã.

Em sua teoria, ele trata da norma e do enunciado. Na estrutura da norma, ele destaca que ela se divide em princípios e regras, apresentando critérios para sua distinção. Nesse contexto, há a liberdade de expressão, que é considerada um

¹ Pós-Doutorado em Direito Ambiental pela University of New England, Austrália. Mestre em Direito e Estado e Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília - UnB. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável.

² Mestre em Direito e em Operações Militares. Doutorando em Direito e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

importante direito fundamental, reivindicado em todos os tempos e que adquiriu maior potencial com a invenção da prensa.

Por conseguinte, diversos atos normativos, nacionais e internacionais, tratam do tema, com o objetivo de garantir esta liberdade, considerada essencial para a democracia. E essa situação torna-se ainda mais importante em razão de um mundo tão globalizado como o atual, que, com o advento da tecnologia, gerou uma difusão de novidades, usos e costumes, que influenciam todo o planeta em poucos instantes, uma decorrência irreversível dos meios eletrônicos e da globalização.

Todavia, surge um questionamento: na perspectiva conceitual de Alexy, a liberdade de expressão é um princípio ou uma regra?

Há muita discussão do que vem a ser princípio e regra, mas este artigo ater-se-á à perspectiva conceitual do autor de referência, que escreveu a obra "Teoria dos Direitos Fundamentais".

Para tanto, será realizada, além da análise da doutrina de Alexy, uma breve análise da Constituição Federal Brasileira de 1988, de atos normativos internacionais, bem como de decisões no Brasil no âmbito do Poder Judiciário e de Cortes Internacionais, para, ao final, responder o problema de pesquisa proposto.

O trabalho será apresentado em três capítulos. O primeiro tratará da conceituação dos Direitos Fundamentais, apresentando a conceituação de alguns autores, e a distinção entre princípios e regras. O segundo discorrerá sobre a liberdade de expressão e o terceiro analisará algumas decisões judiciais, para, por fim, concluir se a liberdade de expressão é um princípio ou uma regra, considerando a conceituação de Robert Alexy.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão "direitos fundamentais" é heterogênea e ambígua, não havendo um consenso em sua esfera conceitual e terminológica, com relação ao seu significado e conteúdo. Inclusive, outras expressões similares também são utilizadas, doutrinariamente e no direito positivo, tais como "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais" e "direitos humanos fundamentais"³.

A própria Constituição Federal de 1988 utiliza algumas dessas supracitadas expressões, como "direitos humanos" (art. 4º, II), "direitos e garantias fundamentais" (Título II e art. 5º, § 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e "direitos e garantias individuais"⁴.

Entretanto, a despeito de sua variação terminológica, Bonavides⁵ destaca que, em uma acepção lata, os direitos fundamentais almejam criar e manter pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana. Já, em acepção mais restrita, eles (direitos fundamentais) são os que o direito vigente assim qualifica.

Pieroth e Schlink⁶ entendem que a evolução histórica dos direitos fundamentais permite reconhecer duas linhas: 1) que tais direitos, entendidos como direitos do indivíduo, são anteriores ao Estado; 2) na evolução alemã, eles são outorgados pelo Estado.

Alexy⁷, em sua obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", ressalta que diversas teorias sobre os direitos fundamentais foram desenvolvidas, como as

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., ampl., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

⁴ Idem.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 578.

⁶ PIEROTH, Bodo et SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2

históricas, as filosóficas e as sociológicas. Todavia, sua obra trata de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais na Constituição alemã, que também é uma teoria jurídica e uma teoria geral.

Ao abordar o conceito de direito fundamental, o referido autor aponta que para cada direito fundamental há uma norma que o garante, mas a recíproca não é necessariamente verdadeira. Apresenta o autor, então, uma diferenciação entre norma e enunciado normativo, citando como exemplo um artigo da Constituição alemã que dispõe que “nenhum alemão pode ser extraditado”. Este enunciado expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão, e essa norma também pode estar expressa em outros diferentes enunciados⁸.

Surge, então, o questionamento: como saber se uma norma é de direito fundamental? Para responder, Alexy⁹ ensina que esta norma é aquela em que existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida aos direitos fundamentais, e que normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional.

Passando-se a analisar especificamente a estrutura da norma, deve-se destacar que, para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante distinção é aquela entre regras e princípios. Esta é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais¹⁰.

Os critérios para distingui-los são vários, podendo ser citado, inicialmente, o da generalidade, que determina serem os princípios normas com alto grau de generalidade, enquanto as regras possuem grau relativamente baixo. Além deste, há a forma de seu surgimento; o caráter explícito de seu surgimento, dentre outros¹¹.

Alexy¹² observa que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, são mandamentos de otimização. Eles podem ser caracterizados por serem satisfeitos em graus variados, que dependem das citadas possibilidades (fáticas e jurídicas).

Por sua vez, as regras são normas que impõem seja feito exatamente o que elas exigem, nem mais nem menos. Portanto, elas contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Com isso, a sobredita distinção é qualitativa, e não de grau¹³.

Outro ponto que merece destaque é que entre princípios há colisão, e entre regras há conflito. Neste último, a solução está em introduzir uma cláusula de exceção para eliminar o conflito ou declarar inválida uma delas. Portanto, no caso das regras, ou ela é válida ou não é¹⁴.

Por outro lado, a colisão entre princípios é solucionada diferentemente do conflito de regras. Logo, se ela vier a ocorrer, um dos princípios cederá, o que não se traduz na invalidade de um deles, e nem na introdução de uma cláusula de exceção. A precedência de um em relação ao outro ocorre diante de certas condições, que, em um outro cenário, a solução poderá ser diversa. Isso significa que deve ser realizado o seu sopesamento, definindo-se qual o interesse que terá mais peso no caso concreto¹⁵.

Apresentado um breve resumo da base conceitual de Robert Alexy, serão analisadas, a seguir, as referências normativas da liberdade de expressão.

ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 32.

⁸ ALEXY, op. cit., p. 50 e 53.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem, p. 85.

¹¹ Idem, p. 87-8.

¹² Idem, p. 90.

¹³ Idem, 91.

¹⁴ Idem, p. 92-3.

¹⁵ ALEXY, Robert. op. cit., p. 93-5.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão engloba as mais diversas formas de se exprimir, tendo sido reivindicada ao longo da história da humanidade¹⁶.

A invenção da prensa, por Gutemberg, no século XV, fez com que a liberdade de expressão passasse a ostentar grande potencial de divulgação de ideias, tornando-se temida pelos governantes. Esse potencial cresceu exponencialmente com a evolução da tecnologia e com o conseqüente advento da Internet, pois o mundo está conectado e a profusão de ideias ocorre de forma acentuada. Logo, se um jornal podia ser esquecido, com a Internet essa possibilidade deixa de existir.

A própria palavra imprensa surgiu com a referida invenção, cujo significado passa da máquina de imprimir para o produto, ou seja, o papel impresso. Atualmente, a sua acepção é mais ampla, englobando todos os meios de divulgação¹⁷.

Os órgãos de comunicação de massa exercem um papel de destaque, pois veiculam problemas nacionais e as necessidades da população em geral. Com isso, a liberdade de expressão torna possível o conhecimento amplo de diversas questões, permitindo, em alguns casos, o seu enfrentamento, discussão e solução¹⁸.

O primeiro país a demonstrar uma cultura de liberdade de imprensa foi a Inglaterra, em razão da decisão do Parlamento inglês, em 1695, de revogar o *Licensing Act*, que previa a censura prévia¹⁹. Inclusive, a ampla concepção da liberdade de expressão encontra em John Milton um substrato, como parte da necessidade de livre expressão das crenças religiosas. Em 1644, ele discursa pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra²⁰.

Os Estados Unidos e a França foram os primeiros países a constitucionalizar a liberdade de imprensa. A Constituição americana de 1787, embora não tenha tratado do tema na sua redação original, veio a fazê-lo em 1791, por meio de sua Primeira Emenda²¹.

O artigo 19²² da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, conhecida como Declaração de Paris, também tratou do tema.

No âmbito do Conselho da Europa, há a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que, em seu artigo 10, dispõe que qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. No ano de 2013, o Protocolo nº 15 introduziu a referência ao princípio da subsidiariedade e a doutrina da margem de apreciação.

Em diversos casos, a Corte Europeia de Direitos Humanos utilizou a teoria da margem de apreciação nas suas decisões. Essa tese é baseada na subsidiariedade

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 263.

¹⁷ LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Direito à liberdade de imprensa**. São Paulo: J. de Oliveira, 1999. p. 57-8.

¹⁸ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel et CHUEIRI, Miriam Fecchio. **Direito de imprensa e liberdade de expressão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 118.

¹⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 15.

²⁰ WEINGARTNER NETO, Jayme. **A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe entre a inclusividade e o fundamentalismo**. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul: PUC, 2006. p. 20.

²¹ Primeira Emenda: "O Congresso não votará leis que disponham sobre o estabelecimento de uma religião ou sobre a proibição de qualquer outra, ou que cerceiem a liberdade de palavra ou de imprensa ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de dirigir petições ao Governo de agravos".

²² "Artigo 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras."

da jurisdição internacional, pois defende que certas questões polêmicas devem ser discutidas e dirimidas pelas comunidades nacionais, e não pelo juiz internacional²³.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 13, também dispõe expressamente sobre direito à liberdade de pensamento e de expressão.

Diante de sua relevância, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou, em seu 108° período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000, a Declaração de Princípios sobre liberdade de expressão, estabelecendo, seu artigo 1°, que ela é um direito fundamental e inalienável.

Por sua vez, no âmbito interno, a Constituição Federal de 1998 expressamente dispõe sobre essa liberdade, nos incisos IV²⁴ e IX²⁵ do artigo 5° e no artigo 220 e seu parágrafo 1°²⁶. Já o inciso V do artigo 5° dispõe que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Ademais, o inciso X deste mesmo artigo prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Sobre a essencialidade da liberdade de expressão para a democracia, mas sem aprofundar em seu conceito, destaca-se o posicionamento de Robert Dahl²⁷, segundo o qual “democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”. Ele considera que 8 condições exprimem democraticidade, quais sejam: 1) liberdade de formar ou aderir a organizações; 2) liberdade de expressão do pensamento; 3) direito de voto; 4) elegibilidade para cargos públicos; 5) direito de os líderes políticos disputarem apoio e votos; 6) fontes alternativas de informação; 7) eleições livres e idôneas; e 8) instituições para fazer com que as políticas de governo dependam de eleições e de outras manifestações de preferências.

Nesse sentido, Ferreira Filho²⁸ destaca que, para um bom funcionamento da democracia, duas condições instrumentais são imprescindíveis: um sistema eleitoral e um sistema que propicie a formação de uma opinião pública esclarecida e racional. Somente dessa forma, as deliberações coletivas tornar-se-ão adequadas à condução dos negócios públicos.

Para esta formação da opinião pública, é indiscutível que os meios de comunicação são fundamentais, sendo imprescindíveis uma imprensa livre e sem censura. Entretanto, não pode ser desconsiderado que tais meios são perigosos agentes de manipulação, pois, a despeito da seriedade de diversos profissionais do ramo, alguns nem sempre agem assim, procedendo sem bases verdadeiras, acusando, julgando e condenando, sem sequer ouvir o acusado/“condenado”.

Como exemplo, pode ser citado o famigerado caso da Escola Base, escola de educação infantil, em São Paulo (1994), Brasil, onde os proprietários e outras

²³ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

²⁴ “Art. 5°. (...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

²⁵ “Art. 5°. (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

²⁶ “Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1° Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5°, IV, V, X, XIII e XIV.”

²⁷ DAHL, Robert A. **Poliarquia e Oposição**. Prefácio Fernando Limongi; tradução Celso Mauro Paciornik: 1. ed. 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005. p 25 e 27.

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 143.

peças eram acusadas de pedofilia, vindo o caso a ganhar repercussão nacional e internacional. Prisões foram decretadas, a escola foi depredada, além de várias ameaças que eles sofreram. Entretanto, após a realização de novas investigações, concluiu-se que o caso não passou de equívocos de algumas mães, do delegado que inicialmente conduzia as investigações e, principalmente, da imprensa. Por conseguinte, ações foram ajuizadas, com vários órgãos de mídia condenados em vultosa indenização, mas nem todas as vítimas do injusto viveram para ter a sua reparação.

A liberdade de pensamento é doutrinariamente chamada de liberdade primária, da qual outras partem. O indivíduo terá a liberdade de adotar a atitude individual que escolher, seja um pensamento íntimo seja a tomada de posição pública. Isso significa pensar e dizer o que se crê. No aspecto externo, a liberdade de opinião será exteriorizada pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural²⁹.

Impende destacar que, no Brasil, a própria imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. O alcance desta imunidade abrange, inclusive, "álbum de figurinhas", conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), no RE 221.239/SP.

Para Silva³⁰, a liberdade de informação engloba o direito de informar e o de ser informado, sendo a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, independentemente de censura, sendo responsabilizado pelos abusos que cometer.

Carvalho³¹ destaca que "a liberdade de informar é a liberdade de emissão de pensamentos de forma amplificada, de narrar fatos, acontecimentos, de registrar a história presente. Não esgota toda o espaço da liberdade de manifestação de pensamento."

Esse direito de informação e de ser informado é decorrente da própria liberdade de manifestação e expressão do pensamento, que, em um primeiro momento tinha um cunho individual. Atualmente, há um direito coletivo à informação³².

A liberdade de expressão é ampla e engloba também o uso de tatuagens. Nesse sentido, o STF (Recurso Extraordinário 898.450³³) entendeu que editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.

A própria decisão enumera algumas situações que evidenciarão razoabilidade na restrição, tais como tatuagens que representassem obscenidades, ideologias terroristas, discriminatórias, que pregassem a violência e a criminalidade, discriminação de raça, credo, sexo ou origem. Temas inegavelmente contrários às instituições democráticas poderiam obstaculizar o acesso à função pública.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: PRINCÍPIO OU REGRA?

Pois bem, na perspectiva conceitual de Alexy, a liberdade de expressão é princípio ou regra?

Inicialmente, cumpre destacar que não há receita pronta para interpretar a Constituição. O brocardo latino que "nas coisas claras não se faz interpretação" está desprovido de sentido, principalmente em uma sociedade tão dinâmica e em

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 242 e 243.

³⁰ *Ibidem*, p. 245-6.

³¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 25.

³² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 58.

³³ Informativo 835.

constante evolução, onde não se pode desconsiderar seus acontecimentos sociais, históricos, políticos, religiosos e econômicos³⁴.

A unidade Constitucional requer um processo de otimização entre suas normas para que as fronteiras dos interesses protegidos possam ser estabelecidas e, simultaneamente, obtenha sua efetividade ótima. Nesse contexto, surge a ponderação, cuja expressão é uma metáfora utilizada para solucionar eventual conflito de normas, que passa a ideia de uma balança, onde a prevalência será daquele com maior peso³⁵.

Na ponderação, deve-se verificar se realmente as normas constitucionais aparentemente em jogo aplicam-se ao caso, e, se assim o for, o principal critério a ser empregado será o princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito³⁶.

Nesse alinhamento, na IV Jornada de Direito Civil, realizado pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 274, que prevê: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”.

E a quem cabe interpretar a Constituição? Sem dúvida, o próprio texto constitucional destaca que compete ao Supremo Tribunal Federal a sua guarda (art. 103). Já Peter Häberle propõe que a hermenêutica constitucional seja realizada por uma sociedade aberta (plural), com a participação de cidadãos, grupos de interesse, entre outros.

A leitura do enunciado normativo contido no inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sem considerá-la como um todo, pode levar ao entendimento que a sua norma é uma regra, ou seja, é absoluta, com uma única exceção, que é a vedação ao anonimato. Do contrário, não há restrição.

Sobre a temática, na ADPF 130, o STF decidiu pela não recepção em bloco da antiga lei de imprensa (Lei nº 5.250/67) pela nova ordem constitucional. Na decisão, destacou-se que a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão, dados indivíduos em si mesmo considerados. Ela ressaltou, também, que, com exceção no estado de sítio, o Poder Público deve respeitar sempre a ideia-força de que “quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja”.

Além desse julgado, em outras oportunidades, o Pretório Excelso enfrentou a questão da liberdade de expressão, conforme se segue:

1) Na Reclamação 21.504 AgR/SP, em que um policial pretendia evitar a divulgação de um vídeo, o STF decidiu que o direito de informar é prerrogativa fundamental que se compreende na liberdade constitucional de manifestação do pensamento e de comunicação, sendo inadmissível censura estatal, inclusive aquela imposta pelo Poder Judiciário, à liberdade de expressão, nesta compreendida a liberdade de informação jornalística.

2) Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 187, em que a Corte Suprema enfrentou a questão da conhecida “Marcha da Maconha”, foi destacado que é legítima a manifestação por cidadãos da república, e que duas liberdades individuais são revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim).

3) Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815, que tratou da exigibilidade da autorização da pessoa biografada para publicação de biografias literárias ou audiovisuais, o STF decidiu ser inexigível esta autorização, nem mesmo

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 443.

³⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 443.

³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, métodos e técnicas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 517-8.

de seus coadjuvantes, por não estar em consonância com a liberdade de pensamento e de sua expressão, de produção artística e produção científica.

4) Na ADI 4.451, conhecida com a ADI do Humor, o STF tratou de dispositivos da Lei nº 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, e decidiu que não há liberdade de imprensa pela metade ou sob censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Na decisão, destacou que programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística”. Portanto, a liberdade de imprensa assim abrangentemente “livre” não deve sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias.

5) Na Agravo ao Recurso Extraordinário (ARE) 891.647 ED/SP, que tratou de uma condenação imposta a um jornalista, decorrente de queixa-crime pelo delito de injúria, a Corte decidiu que o direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição. Destacam-se, entre essas, a que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal.

Em acréscimo, ressaltou-se que a Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), pois a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental.

6) Na ADI 5.136 MC/DF, em que se arguiu a inconstitucionalidade do §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”), o STF julgou improcedente a ação e declarou a inexistência da violação da liberdade de expressão. Considerou, para tanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade e o juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte.

7) No ARE 833.248 RG/RJ, o STF reconheceu a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário e reiterou o Tema 786, que trata da aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

8) No *Habeas Corpus* (HC) 82.424-2/RS, que foi indeferido, tendo como paciente Siegfried Ellwanger, que fora denunciado pela acusação de ter publicado livro discriminatório sobre o povo judeu e, conseqüentemente, ter cometido conduta típica prevista na Lei 7.716/89, o STF decidiu que a liberdade de expressão não é direito absoluto e possui limites morais. Logo, nesta decisão, prevaleceu o direito de personalidade.

Pode-se constatar, portanto, das decisões do Supremo Tribunal Federal, que, a despeito de ter havido, em alguns casos, garantia à liberdade de expressão, em vários outros a Corte expressamente declarou que esse direito não é absoluto.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também enfrentou a questão da liberdade de expressão e, no Recurso Especial (REsp) 1.334.097/RJ, reconheceu o direito ao esquecimento de homem inocentado da acusação de envolvimento na chacina da candelária e que foi retratado pelo antigo programa Linha Direta da Rede Globo, mesmo após ter sido absolvido criminalmente, tendo-lhe sido garantida a sua não-veiculação.

Cumpra destacar que este direito ao esquecimento foi reconhecido pelo Enunciado nº 531 do Conselho da Justiça Federal (CJF)/STJ, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013, com o seguinte teor: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Em 2015, na VII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 576, dispondo que o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória.

Sobre este tema, cumpre abordar o Caso Lebah (soldados alemães mortos por um grupo de ativistas), enfrentado pelo Tribunal Constitucional Alemão. Nele, um dos ativistas, que pegou a pena menor, recorreu ao Tribunal Constitucional, por ter tido a liminar negada na justiça ordinária, para que não houvesse a reconstrução televisiva do fato, tendo a Corte Alemã decidido a favor do recorrente.

Em outro julgado no STJ (REsp 738.793/PE), a Colenda Corte decidiu que a matéria publicada por um jornalista estava nos limites da liberdade de expressão. Considerou, assim, incabível a condenação nas instâncias inferiores, tendo provido o recurso interposto pelo jornalista. Na referida decisão, destacou-se que a ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como o compromisso com a veracidade da informação. No caso concreto, a matéria publicada foi considerada na margem tolerável de inexatidão.

Outra questão sobre a liberdade de expressão é a tentativa de retirada de publicação de matérias em sítios de Internet, seja por ter conteúdo ofensivo, seja por alegação de direito subjetivo ao esquecimento, bem como por buscas em sítios de pesquisa. Em razão disso, inúmeras ações judiciais são propostas buscando esse esquecimento e desvinculação, alegando ser um direito subjetivo.

Nesse sentido, pode-se citar a ação judicial proposta por Xuxa Meneghel contra a empresa *Google*, que recorreu até o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.316.921/RJ). No caso, a autora não queria que aparecesse qualquer resultado sobre ela, quando houvesse busca utilizando-se as palavras "Xuxa e pedofilia". A decisão destacou que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, pois não se pode reprimir o direito da coletividade à informação. Ademais, alegou que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

Com relação às decisões judiciais que determinam a retirada de informações da Internet, Costa³⁷ destaca que se configuram riscos para o exercício da liberdade de expressão a retirada de material da rede, pois se está diante de legítimas manifestações do pensamento.

Este tema chegou ao STF, que, no ARE 660.861 RG/MG, reconheceu a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário e reiterou o Tema 533, em que é dever de empresa hospedeira de sítio na Internet fiscalizar o conteúdo publicado e retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário.

Questão similar à da Xuxa também foi enfrentada pelo Tribunal Federal Alemão. Entretanto, lá, a Corte entendeu que a empresa *Google* era responsável pela retirada de publicações relacionadas à ex-primeira dama Alemã, Cristina. O nome dela era associado ao de prostituta, ao realizar buscas no sítio *google*.

Como referencial, a Corte Europeia de Direitos Humanos³⁸ também enfrentou a temática da liberdade de expressão, e, em algumas dessas oportunidades, assim decidiu:

1) Caso *Handyside x Reino Unido (Application n° 5493/72)*, em que houve o confisco de exemplares e proibição de comercialização de livro considerado obsceno editado pelo Senhor Richard Handyside. Entretanto, aplicando a teoria da margem de apreciação, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que caberia à sociedade britânica decidir a respeito, com base em seus valores morais sobre as restrições à liberdade de expressão.

2) Caso *Engel e outros x Holanda (Application n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72)*, em que a legislação militar impôs punição a dois petionários pela edição e publicação de livro considerado subversivo, e eles

³⁷ COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital**. In. Direito e Mídia. Coord: Anderson Schreiber. São Paulo: Atlas, 2013, p. 203.

³⁸ European Court of Human Rights. Disponível em: <<http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>>

consideraram que houve restrição à liberdade de expressão. A Corte Europeia também decidiu que caberia a cada Estado organizar seu sistema de disciplina militar, gozando de certa margem de apreciação.

3) Caso Otto-Preminger Institut x Áustria (Case nº 11/1993/406/485), que tratou da censura e confisco considerado ofensivo à Igreja Católica. A Corte Europeia não condenou a Áustria, por também entender que a ação estava na margem de apreciação para limitar a liberdade de expressão.

4) Outro caso relevante envolvendo a questão da liberdade de expressão, a honra e a imagem foi do Sr Lingens x Áustria (*Application no. 9815/82*), em que o jornalista Lingens foi condenado por ter criticado um antigo chanceler, em razão de ter, em seu governo, antigos oficiais da SS. A Corte Europeia entendeu que, em uma sociedade democrática, a proteção da honra dos políticos deve ceder à necessidade de informar.

O objetivo de trazer esses julgados para o presente estudo, de forma sucinta, é analisar como, no âmbito da Corte Europeia, a liberdade de expressão é entendida. Dessa avaliação, pode-se inferir que ela não é considerada absoluta, pois, do contrário, não haveria aplicação da margem de apreciação, em que, conforme o caso concreto, é deixado à sociedade em questão restringi-la ou não.

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte identificou várias categorias de discurso não protegidas pela Primeira Emenda (transcrita no capítulo anterior). Entre elas, estão as que contenham obscenidade, pornografia infantil e ameaças³⁹.

Sobre este limite, já identificado pela Suprema Corte, Glendon⁴⁰ destaca que, na América, uns falam sobre “individualismo, e que de fato é democracia e você pode fazer o que quiser”; outros dizem “nossa liberdade de fazer o que quisermos, quando quisermos”; e outros ainda defendem “que nós realmente não temos limites”.

A referida autora aponta que, ao refletir sobre essas afirmações extravagantes e reivindicações, concluiu que elas não podem ser verdade, pois há leis criminais que colocam limites bastante decisivos na capacidade de “fazer o que quiser”. Como exemplo, ela destaca que o Supremo Tribunal tem o cuidado de salientar que a Primeira Emenda não protege incitamento verbal para quebra imediata da paz pública⁴¹.

Por fim, tal qual decidido em Cortes estrangeiras, pode-se inferir que, no Brasil, a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão não é absoluta, a despeito de ela não poder sofrer limitação por leis infraconstitucionais. Ela não é tudo ou nada. Todavia, o seu limite vem do próprio texto constitucional, onde este princípio, conforme o caso concreto, por meio do sopesamento, utilizando a técnica da ponderação, poderá deixar de prevalecer, especialmente quando estiver em colisão com os que se referirem aos direitos de personalidade ou com outros de mesmo *status*.

Mendes⁴² destaca que “a liberdade de expressão poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano”.

Desse modo, se a liberdade de expressão pode deixar de prevalecer, mesmo quando não há o anonimato, na perspectiva conceitual de Robert Alexy, ela será um princípio, pois será efetivada na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, e não de forma absoluta.

³⁹Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf>>. Acesso em 10 set. 2016.

⁴⁰ GLENDON, Mary Ann. **Rights Talk: The Impoverishment of political discourse**. New York: The Free Press, 1991, p. 19.

⁴¹ Idem.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 271.

CONCLUSÃO

O tema “Direitos Fundamentais” suscitou diversas teorias. Entre elas, há a de Robert Alexy, que trata da norma e do enunciado normativo, e, com relação à primeira, a divisão entre princípios e regras.

Para este autor, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, são mandamentos de otimização. Por regras, ele entende que são normas que são satisfeitas, ou não, devendo ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.

Por sua vez, a liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais. Ela engloba variadas formas de exprimir, estando prevista em diversos atos normativos.

Portanto, analisando os atos normativos brasileiros que tratam desta liberdade, bem como as diversas decisões judiciais no país, inclusive do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a guarda da Constituição Federal de 1988, pode-se constatar que ela não é absoluta, a despeito de ela não poder sofrer limitação por leis infraconstitucionais.

O seu limite vem do próprio texto constitucional brasileiro, em que a liberdade de expressão, conforme o caso concreto, por meio do sopesamento, utilizando a técnica da ponderação, poderá deixar de prevalecer, particularmente quando estiver em colisão com os que se referirem aos direitos de personalidade ou com outros de mesmo *status*. Em consequência, se a liberdade de expressão pode deixar de prevalecer, mesmo quando não há o anonimato, na perspectiva conceitual de Robert Alexy, ela será um princípio, pois será efetivada na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, e não de forma absoluta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital**. In. Direito e Mídia. Coord: Anderson Schreiber. São Paulo: Atlas, 2013.
- DAHL, Robert A. **Poliarquia e Oposição**. Prefácio Fernando Limongi; tradução Celso Mauro Paciornik: 1. ed. 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.
- European Court of Human Rights. Disponível em: <<http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>>
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf>>. Acesso em 10 set. 2016.
- GLENDON, Mary Ann. **Rights Talk: The Impoverishment of political discourse**. New York: The Free Press, 1991.

- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel et CHUEIRI, Miriam Fecchio. **Direito de imprensa e liberdade de expressão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Direito à liberdade de imprensa**. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PIEROTH, Bodo et SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., ampl., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, métodos e técnicas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- WEINGARTNER NETO, Jayme. **A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe entre a inclusividade e o fundamentalismo**. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul: PUC, 2006.